

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

28.04.1993

Geschäftszahl

93/12/0046

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Präsident Dr. Jabloner und die Hofräte Dr. Herberth, Dr. Germ, Dr. Höß und Dr. Händschke als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Stöckelle, über die Beschwerde des O in G, vertreten durch Dr. N, Rechtsanwalt in W, gegen den Bescheid der Kärntner Landesregierung vom 22. Dezember 1992, Zl. Präs-2/202/92, betreffend Nebenbeschäftigung, zu Recht erkannt:

Spruch

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufgehoben.

Das Land Kärnten hat dem Beschwerdeführer Aufwendungen in der Höhe von S 11.420,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Der Beschwerdeführer steht als Leiter des Sozialamtes der Bezirkshauptmannschaft XY in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zum Land Kärnten. Mit einem im Dienstweg eingebrachten und an die belangte Behörde gerichteten Schreiben vom 23. Oktober 1992 zeigte der Beschwerdeführer eine beabsichtigte Nebenbeschäftigung als Geschäftsführer und Gesellschafter der S & B GmbH an. Er führte aus, daß der Notariatsakt am 20. Oktober 1992 errichtet worden sei und daß der Zeitpunkt seines Tätigkeitsbeginnes mit dem Zeitpunkt der Eintragung in das "Handelsregister" (Firmenbuch) ident sein werde.

Daraufhin verlangte die belangte Behörde vom Beschwerdeführer, genauere Angaben über die Art und Dauer der Nebenbeschäftigung bekanntzugeben; weiters forderte sie eine Arbeitsplatzbeschreibung der Dienststelle des Beschwerdeführers an. Darüberhinaus wurde von der für Fragen der Sozialhilfe zuständigen Abteilung des Amtes der Kärntner Landesregierung eine Stellungnahme eingeholt. Nach Einräumung des Parteiengehörs, das der Beschwerdeführer zu einer Stellungnahme nutzte, erging der angefochtene Bescheid, mit dem die Ausübung der beantragten Nebenbeschäftigung (Geschäftsführung bei der S & B GmbH) gemäß § 3 Abs. 1 lit. a, c und d des Nebenbeschäftigungsgesetzes, LGBl. Nr. 24/1986, untersagt wurde.

Zur Begründung wird im wesentlichen ausgeführt, das am 4. Dezember 1992 mit dem Beschwerdeführer geführte Gespräch habe über die Details der von ihm beabsichtigten Agenden Klarheit gebracht, nämlich seine Absicht, bei den Planungen, insbesondere im Bereich Kalkulationen, zur Errichtung und zum Betrieb eines Pflegeheimes für chronisch Kranke in X mitzuwirken. Diese Kalkulationen sollten sowohl die zu erwartenden Bau- und Erhaltungskosten, als auch Berechnungen über die zukünftigen "Ein- und Ausnahmen" (richtig wohl: Einnahmen und Ausgaben) sowie über die zu erwartenden Personal- und Sachkosten umfassen. Im Schreiben der für Fragen der Sozialhilfe zuständigen Abteilung des Amtes der Kärntner Landesregierung vom 11. Dezember 1992 sei im wesentlichen folgendes ausgeführt worden:

"Gewerblich betriebene Pflegeheime unterliegen nicht der Bewilligungspflicht des Kärntner Sozialhilfegesetzes 1981, sondern jener der Gewerbeordnung. Werden jedoch gewerblich betriebene Pflegeheime ebenfalls zur Einweisung und Unterbringung hilfsbedürftiger Personen zu Lasten der Sozialhilfe in Anspruch genommen, so wird auch mit diesen Einrichtungen eine vertragliche Regelung im Hinblick auf die Übernahme entsprechender Tagsätze und sonstiger Bedingungen herbeigeführt.

Als Leiter des Sozialamtes der Bezirkshauptmannschaft XY kommt Herrn O keine sozialhilferechtliche Kompetenz auf Übernahme von Pflegegebühren über Pflegeheime zu. Diese Aufgabe fällt gemäß § 50 Abs. 1 lit. b des Sozialhilfegesetzes in die Aufgabe der Landesregierung und nicht in jene der Bezirksverwaltungsbehörden. Diese sind allerdings für die Kostentragung Hilfsbedürftiger in Wohnheimen für alte Menschen zuständig.

Daraus folgert, daß eine unmittelbare Inkompatibilität im Zusammenhang mit einer allenfalls notwendigen Übernahme von Pflegegebühren zu Lasten der Sozialhilfe für den Leiter des Sozialamtes der Bezirkshauptmannschaft XY nicht gegeben ist.

Wohl aber muß in diesem Zusammenhang bedacht werden, daß jemand der im Sozialwesen tätig ist, sicherlich mehr Fach- und Sachkenntnis für das geplante Vorhaben einbringt als ein Branchenfremder.

So habe Herr O bei der Landessozialreferentin bereits um die Zuteilung von Subventionen aus dem Krazaf sowie um die Einräumung entsprechender Tagsätze für das zu errichtende Pflegeheim vorgesprochen."

In seinem Schreiben vom 14. Dezember 1982 habe der Beschwerdeführer ausgeführt, daß eine Untersagung nicht wegen "optischer Wirkungen" erfolgen dürfe; des weiteren, daß die ihm zustehende Freizeit auch in Kombination mit der Tatsache, daß er nicht alleiniger Geschäftsführer sei, so groß sei, daß es problemlos möglich sei, in dieser seine beabsichtigten Aktivitäten zu realisieren.

Nach Wiedergabe der Rechtslage führt die belangte Behörde dann weiter aus, nach ihrer Meinung lägen hinreichende Gründe für eine Untersagung aus folgenden Überlegungen vor:

"So geht aus der Stellungnahme der Abteilung 13 vom 11. Dezember 1992 nachvollziehbar hervor, daß die von Ihnen beabsichtigte Nebenbeschäftigung mit Ihren Aufgaben als Leiter des Sozialamtes der Bezirkshauptmannschaft XY zwar nicht unmittelbar inkompatibel sei, wohl aber könne eine Befangenheit durch die Ausübung der Nebenbeschäftigung - Ihre Vorsprache als Geschäftsführer bei anderen Behörden, Subventionsgebern - nicht ausgeschlossen werden.

Wie der Verwaltungsgerichtshof hiezu in ständiger Rechtsprechung ausführt, genügt für die Verwirklichung des Tatbestandes der Vermutung der Befangenheit, wenn in der Bevölkerung durch die Ausübung der Nebenbeschäftigung der Eindruck erweckt wird, daß der Beamte in Ausübung des Dienstes nicht völlig unbefangen sei oder eine Nebenbeschäftigung dem von der dienstlichen Tätigkeit des Beamten berührten Personenkreis Anlaß geben könnte, an der Objektivität seiner Amtsführung Zweifel zu hegen.

Des weiteren entspricht es den Erfahrungen des Geschäftslebens, daß die Realisierung derartiger Projekte sehr zeitintensiv ist und die entsprechenden Kontakte, Verhandlungen, Besprechungen etc. teilweise persönlich bzw. teils telefonisch in den üblichen Geschäftszeiten stattfinden, in denen sie aber ausschließlich Ihrer Tätigkeit als Sozialamtsleiter nachzugehen hätten. Die Dienstbehörde muß daher davon ausgehen, daß die Geschäftsführung eine Beeinträchtigung Ihrer dienstlichen Pflichterfüllung zur Folge hätte. Letztlich könnten diese Aufgaben - wenn auch nicht permanent - eine derartige zusätzliche Belastung darstellen, daß dadurch Ihre geistige und körperliche Leistungsfähigkeit im Dienst beeinträchtigt werden könnte.

Da somit mehrere Untersagungsgründe vorliegen, ist es auch im Sinne der Bestimmung des § 3 Abs. 2 leg. cit. nicht möglich, durch die Erteilung von Auflagen die obigen Versagungsgründe zu beseitigen. Wenn Sie in diesem Zusammenhang noch anführen, daß die Versagung auch deshalb nicht erfolgen dürfte, weil die von Ihnen gesetzten Aktivitäten im öffentlichen Interesse gelegen seien, so ist es zwar zutreffend, daß ein öffentliches Interesse an der Errichtung von Pflegeheimen für chronisch Kranke besteht; dieses öffentliche Interesse hat jedoch in den Hintergrund zu treten (siehe § 3 Abs. 2 lit. b letzter Satz), wenn Versagungsgründe nach § 3 Abs. 1 lit. a bis c leg. cit. vorliegen."

Dagegen richtet sich die vorliegende Beschwerde, mit der die kostenpflichtige Aufhebung des Bescheides wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes bzw. Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften begehrt wird.

Der Verwaltungsgerichtshof hat über die Beschwerde und die von der belangten Behörde erstattete Gegenschrift erwogen:

Durch den angefochtenen Bescheid erachtet sich der Beschwerdeführer in seinem Recht darauf, daß ihm die Ausübung einer Nebenbeschäftigung nicht ohne zureichende gesetzliche Gründe nach § 3 Abs. 1 lit. a, c und d des Nebenbeschäftigungsgesetzes, LGBL. Nr. 24/1986, untersagt werde, durch unrichtige Anwendung der Bestimmungen dieses Gesetzes, sowie der Vorschriften über die Sachverhaltsermittlung, das Parteihör und die Bescheidbegründung (§§ 1, 8 DVG, §§ 37, 39 und 60 AVG) verletzt.

Gemäß § 61 Abs. 3 des Kärntner Dienstrechtsgesetzes hat der Beamte - sofern die Gesetze nicht anderes bestimmen - der Landesregierung jede erwerbsmäßige Nebenbeschäftigung unverzüglich zu melden. Eine Nebenbeschäftigung ist erwerbsmäßig, wenn sie die Schaffung von nennenswerten Einkünften in Geld oder Güterform bezweckt.

Im vorliegenden Beschwerdefall findet das Nebenbeschäftigungsgesetz (NBG), LGBL. für Kärnten Nr. 24/1986, für Bedienstete des Landes die eine erwerbsmäßige Nebenbeschäftigung im Sinne des § 61 Abs. 3 des Kärntner Dienstrechtsgesetzes ausüben, Anwendung.

Gemäß § 3 Abs. 1 NBG hat die Dienstbehörde die Ausübung einer Nebenbeschäftigung zu untersagen, wenn

a) die Vermutung einer Befangenheit durch die Ausübung dieser Nebenbeschäftigung nicht ausgeschlossen ist,

- b) die Vermutung von Kollisionen zwischen den Interessen der Dienstbehörde und der Gebietskörperschaften als Träger von Privatrechten und den durch die Ausübung der Nebenbeschäftigung gegebenen Interessen des Bediensteten nicht ausgeschlossen ist,
- c) die ordnungsgemäße Erfüllung der Aufgaben des Bediensteten durch die Ausübung der Nebenbeschäftigung nicht mehr gewährleistet wäre,
- d) für den Bediensteten durch die Ausübung der Nebenbeschäftigung eine zusätzliche Belastung entsteht, durch die die volle geistige und körperliche Leistungsfähigkeit im Dienst beeinträchtigt wird oder beeinträchtigt werden könnte oder
- e) sonstige dienstliche Interessen beeinträchtigt werden können.

Gemäß § 3 Abs. 2 leg. cit. darf eine Versagung nicht erfolgen, wenn

- a) sich die Gründe hierfür durch eine Befristung der Nebenbeschäftigung oder durch Auflagen beseitigen lassen,
- b) die Ausübung der Nebenbeschäftigung im dienstlichen Interesse oder im Interesse des Landes Kärnten, des Bundes oder von Gemeinden oder sonst im öffentlichen Interesse liegt und Versagungsgründe nach Abs. 1 lit. a bis c nicht vorliegen.

Im Beschwerdefall gründet sich die von der belangten Behörde ausgesprochene Untersagung der vom Beschwerdeführer angezeigten Nebenbeschäftigung auf die Tatbestände lit. a, c und d. Im Hinblick auf die weitgehende Inhaltsgleichheit der gesetzlichen Regelung ist die vom Verwaltungsgerichtshof zu § 56 Abs. 2 BDG entwickelte Judikatur zur Lösung des vorliegenden Streitfalles heranzuziehen. Wie der Verwaltungsgerichtshof bereits mehrmals ausgeführt hat (vgl. insbesondere Erkenntnis vom 17. Jänner 1983, Zl. 82/12/0089, VwSlg. 10945/A), genügt bereits das Vorliegen einer der angeführten Voraussetzungen für die Untersagung einer Nebenbeschäftigung.

Die belangte Behörde stützt sich auf das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 15. Juni 1981, Zl. 3325/1980, VwSlg. 10487/A, in dem der Verwaltungsgerichtshof ausgesprochen hat, es sei der Zweck des Gesetzes, zu verhindern, daß ein Beamter aufgrund der Ausübung einer Nebenbeschäftigung in Situationen gerate, in denen seine Fähigkeit zur unparteiischen Entscheidung gehemmt sein könnte und daß eine solche Beschäftigung dem von der dienstlichen Tätigkeit des Beamten berührten Personenkreis Anlaß gebe, an der Objektivität der Amtsführung Zweifel zu hegen. Ergibt sich dies schon aus der unbestrittenen Art der Dienstverwendung einerseits und der Nebenbeschäftigung andererseits, so besteht auch keine Verpflichtung der Behörde zur Durchführung eines weiteren Ermittlungsverfahrens. Ebenso hat der Verwaltungsgerichtshof wiederholt ausgesprochen, daß die Vermutung der Befangenheit nicht bloß eine abstrakt denkmögliche sein darf, um die Untersagung einer Nebenschäftigung zu rechtfertigen, sie müsse vielmehr stichhaltig und auf den Erfahrungen des täglichen Lebens aufbauend begründet werden (vgl. Erkenntnis vom 18. Oktober 1985, Zl. 85/12/0145, VwSlg. 11942/A).

Demnach müßte eine besondere Nahebeziehung zwischen den konkreten Dienstpfllichten des Beschwerdeführers und der Nebenbeschäftigung bestehen. Im Gegensatz zu dem vorher zitierten Erkenntnis, Slg. N.F. Nr. 10487/A kann im vorliegenden Fall aber nicht gesagt werden, daß aus der unbestrittenen Art der Dienstverwendung einerseits und der Nebenbeschäftigung andererseits bereits von vornherein eine solche Nahebeziehung besteht, auf Grund der Zweifel an der Objektivität des Beschwerdeführers in seinem dienstlichen Aufgabenbereich offenkundig sind. Dies insbesondere deshalb, weil die Aufgaben des Beschwerdeführers im Rahmen der von ihm angestrebten Nebenbeschäftigung nach seinem Vorbringen die Planung und Kalkulation für die Errichtung eines Pflegeheimes, nicht aber dessen Führung betrifft. Weiters bleibt unklar, worin die konkrete Vermutung der Befangenheit des Beschwerdeführers hinsichtlich seiner Amtsführung und Dienstpflichterfüllung durch die im Bescheid genannten Vorsprachen bei anderen Behörden und Subventionsgebern gesehen wird. Eine Nahebeziehung der Art, wie sie in dem von der belangten Behörde genannten Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 15. Juni 1981 angesprochen wird, die zwangsläufig und wiederholt Überschneidungen des dienstlichen und des Nebenbeschäftigungsbereiches bedingen würde, ist jedenfalls im Beschwerdefall von vornherein nicht zu erkennen. Hiebei ist noch zu berücksichtigen, daß die belangte Behörde selbst einräumte, daß keine "unmittelbare Inkompatibilität" vorliegt. Worin daher die Vermutung der Befangenheit des Beschwerdeführers bezogen auf seine dienstlichen Aufgaben gesehen wird, bleibt solcherart unbegründet. Die Behörde wäre daher verhalten gewesen, das Vorliegen der in Frage kommenden Tatbestandsvoraussetzungen des § 3 Abs. 1 lit. a NBG im Rahmen eines ordnungsgemäßen Ermittlungsverfahrens festzustellen.

Die belangte Behörde beruft sich in ihrer Begründung auch auf das Vorliegen der Tatbestände gemäß § 3 Abs. 1 lit. c und d, jedoch mangelt es dazu gleichfalls an konkreten Feststellungen. Der Beschwerdeführer hat im Verwaltungsverfahren dargelegt, daß ihm wöchentlich 79 Stunden an Freizeit zur Verfügung stünden. Die belangte Behörde stützt sich hinsichtlich der für die Ausübung der beantragten Nebenbeschäftigung erforderlichen Zeit nur auf "Erfahrungen des Geschäftslebens", ohne anzugeben, von welchem Zeitbedarf sie ausgeht oder worin sonst eine allfällige zeitliche Überschneidung gelegen sein könnte.

Rechtlich zutreffend ist, daß die Anwendung der Bestimmung des § 3 Abs. 2 lit. b NBG nach dem klaren Gesetzeswortlaut dann nicht in Frage kommt, wenn ein Untersagungsgrund nach § 3 Abs. 1 lit. a bis lit. c NBG - im Beschwerdefall: lit. a und lit. c - vorliegt.

Da aber - wie vorher ausgeführt - es an konkreten Feststellungen hinsichtlich des Vorliegens aller von der Behörde herangezogenen Tatbestandserfordernisse für die Untersagung mangelt, war der angefochtene Bescheid gemäß § 42 Abs. 2 Z. 3 lit. b und c VwGG wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufzuheben.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der Pauschalierungsverordnung des Bundeskanzlers, BGBl. Nr. 104/1991.